

La trascendencia de la fiducia y el fideicomiso romanos frente a la globalización del *trust* anglosajón en el derecho comparado y en la actual legislación Argentina

Monica Villagra

Señala Barrière (ARROYO I AMAYUELAS: 2007:102) que “*el trust surgió para responder a las necesidades más variopintas en la Edad Media y en un sistema jurídico, el inglés, que era de los menos desarrollados, mientras que la fiducia pretende acomodarse a un orden jurídico refinado, que además ya cuenta con numerosas fiducias atípicas (fiducies innommées), esto es, de regímenes particulares que tienen las características de la fiducia, aunque no lleven ese nombre.*”

El Trust, pluriforme y atípico desde una perspectiva romanista, es la figura más paradigmática¹ del *Common Law*, predominando en el ámbito mercantil, y es considerado por muchos como “*uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal*” (RODRIGUEZ AZUERO:2005: 23), al punto que algunos autores propician que sea incorporado en forma directa. (MATTEI, UGO:2001) Sus rasgos principales radican en que: a- los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; b- el título sobre los bienes se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; c- el *trustee* tiene la facultad y la obligación de administrar, gestionar o disponer de los bienes atendiendo a las condiciones del *trust* y a las obligaciones que legalmente se establezcan. d- la transferencia de derechos del *settlor* al *trustee* es definitiva e irrevocable (el *settlor* desaparece una vez constituido, y ni siquiera tiene acción contra el *trustee* por abuso de

1 si bien inicialmente el instituto se originó en la esfera de la transmisión familiar de bienes y, también, se amplió legislativamente a la esfera judicial donde, por medio de los *constructive* o *resulting* trust, que el juez puede decretar como mecanismo de gestión patrimonial. Vg. en Francia, Peugeot recurrió a un trust para transferir las deudas mediante títulos que permiten el reembolso. (BARRIERE F. en ARROYO I AMAYUELA: 2007:106)

Mónica Villagra

confianza); e- el *settlor* puede constituirse a sí mismo como *trustee* (en cuyo caso no hay transmisión de bienes, pero sí, separación de patrimonio.; f- en ausencia de designación o de aceptación por parte del *trustee*, el tribunal hace la designación; g- al *trustee* se le reconoce la propiedad “legal”, mientras que al *cestui que use* (= beneficiario) se lo considera propietario en equidad (sin embargo, los derechos del *trustee* distan mucho de nuestro derecho de dominio de raíz romanista, ni del dominio revocable fiduciario, pues no tiene *ius abutendi*, y frente a las obligaciones que se le adjudican y la obligación de rendir cuentas, se acerca más a la figura de un tutor);h- la unidad independiente que forman los bienes transferidos, se afecta a un fin determinado señalado en el *trust deed* (RODRIGUEZ AZUERO:2005: 23-41).

Como se puede advertir, su esquema bajo los principios más simples y flexibles del *common law* en torno a las personas, la sucesión, los derechos de posesión y propiedad y la mayor discrecionalidad judicial(BUCKLAND:1936), trasvasa el límite entre los actos *inter vivos* y *mortis causa* , que -como veremos- alcanza multiplicidad de propósitos que aún no se obtienen mediante la fiducia latinoamericana que es su institución paralela en los países de raigambre romanista, desarrollada sobre la base de las figuras de la *Fiducia* y el *Fideicommissum* romanos, que perviven a través del nuevo modelo.

El antecedente inmediato del *trust* es el *use* medieval² Pero como este sistema se utilizara también para llevar a cabo sustituciones y transmisiones prohibida por la ley, o bien, para perjudicar a los acreedores, comenzó a tenerse contra él un prejuicio desfavorable, que lo llevó al descrédito. ³

2 El *use* era “la transmisión de un bien a un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario”, y que habría sido el medio utilizado por los monjes de la Edad Media para poder transferir o adquirir a través de un tercero (*feoffee to use*) los bienes inmuebles de los que estaban impedidos por el *Statute of mortmain* (Estatuto de manos muertas). El *feoffee* destinaba la propiedad para beneficiar a la comunidad, que como beneficiario, recibía el nombre de *cestui que use*, mecanismo que, también, fue utilizado por los caballeros cruzados para transferir a un amigo, al estilo de una fiducia romana, sus bienes para que beneficiara a su familia. RODRIGUEZ AZUERO (2005:16-17)

3 Batiza distingue cuatro etapas en la evolución del *Trust*: a- desde su aparición hasta principios del s. XV, en que se comienzan a dictar algunas normas de protección; b- de esa época, hasta el dictado de la *Statute of uses* en 1535, cuando ya dejan de ser mero compromiso de conciencia, pues el canciller les reconoce derecho de equidad, transmisible por cesión o *mortis causa*, pero que luego la Corona comenzará a dejar sin efecto, reconociendo al *cestui que use* como único y verdadero propietario; c- desde el *Statute* hasta fin del s. XVIII, en que se permiten algunos *uses*, con reconocimiento del *Chancellor*, bajo el nombre de *Trust*: lo disvalioso era el uso de un *feoffor* como testaferrero, en actitud pasiva, a uno que tenía un papel activo, como en el *trust*, en cuyo caso era viable; y d- desde fin de

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

LA FIDUCIA LATINOAMERICANA: A principios de S. XX, en los países centroamericanos de mayor vinculación con los E.E.U.U., se advierte crecientemente la necesidad de admitir inversiones de estos capitales extranjeros para el progreso económico local. Comienza el debate sobre cómo introducir el *Trust* en los países de raigambre romanista, especialmente a raíz de la necesidad de financiación de la construcción de ferrocarriles mejicanos.⁴ El Panameño Ricardo Alfaro, venía ejerciendo influencia doctrinaria al propiciar un criterio pragmático con el cual se pudiera introducir “*una figura exótica, innovadora y de concepción difícil para los no familiarizados con el derecho anglosajón*”, y teniendo en consideración la teoría sobre patrimonio de afectación del francés Pierre Lapaulle”, sentó las bases de la apertura en la América del *Civil Law*, encuadrando al *trust*, bajo el ropaje de la *fiducia* y *fideicomiso* romanos, con su teoría del mandato irrevocable.⁵

s. XVIII a época contemporánea, en que se desarrolla velozmente, y en 1873, la Ley de organización judicial, establece que, en caso de conflicto entre *common law* y *equity law*, , prevalecerá este último. Hacia 1893 se dicta el *Trust Act*, compilación de jurisprudencia, y en 1896, el *Judicial trustee act*, a partir de allí hasta nuestros días, siendo la última el *Trust Act* del año 2000 (RODRIGUEZ AZUERO:2005:19 nota 34)

- 4 Fue autorizada por el gobierno, admitiendo que la operación del *trust*, al que luego llamarían *fideicomiso*, que comprendía un conjunto de contratos típicos: préstamo, mandato, hipoteca. Recién en 1905 es presentado por el lic. Vera Estañol, el Proyecto Limantour (nombre del Secretario de Hacienda), y que habría sido el primer intento mundial de adoptar el *trust* en sistemas de tradición romanista. Pero no llegó a aprobarse. Más adelante, en 1926 se presentaría el Proyecto Vera Estañol, que constituyó un paso importante para su evolución. RODRIGUEZ AZUERO(2005:66)
- 5 Si bien hoy en día, tal doctrina está superada, México, siguiendo a Alfaro, en 1926 definió a la institución como “*un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que se disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entregó, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario*”. Sanciona la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios”, en 1924, que creó los Bancos de Fideicomiso, y en 1926, dictó la Ley de Bancos de Fideicomiso (abrogada en el mismo año, pero incorporado su texto a la Ley Gral. De Instituciones de Crédito y Establecimientos bancarios. En 1932 se sancionó la Ley Gral. De Instituciones de Crédito, en la que precisa que sólo se admite el fideicomiso expreso, dejando de lado el *implied trust*, y consagró aquella teoría del patrimonio de afectación de Lepaulle. Se prohibieron: a- los fideicomisos secretos; 2- las sustituciones fideicomisarias, salvo a favor de personas que vivan a la muerte del fideicomitente, 3-los que duren más de 30 años si el beneficiario es persona jurídica que no sea entidad de beneficencia u orden público (con excepción de mantenimiento de museos científicos o artísticos). Luego se dictó en 1941 la Ley Gral de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 (abrogó la de instituciones de crédito de 1932), y todo este articulado, conjuntamente con el Código de Comercio, regulan y reglamentan el fideicomiso, así como las reglas de ejecución de los fideicomisos en garantía. RODRIGUEZ AZUERO (2005:68-71)

Mónica Villagra

Bajo esta doctrina y la ley mexicana consecuente, se inicia el largo camino en que se gestará la Fiducia o Fideicomiso como modelo latinoamericano, pero la institución cobrará vida en los distintos países con modalidades propias, con variantes que abarcan desde lo meramente terminológico hasta, en algunos casos, lo sustancial, sin embargo se proyectan conjuntamente como un tipo de fiducia: la latinoamericana.

Pese a que la *Fiducia* y el *Fideicomiso* *romanos* fueron dos instituciones bien diferenciadas en cuanto a origen, ámbito de aplicación y tratamiento sustancial y procesal, al ser reactualizadas para insertarse en la vida jurídica actual, terminaron fusionándose, con un uso generalmente indistinto de ambos vocablos, lo que sirvió para poder receptar en sus dos vertientes: *inter vivos* y *mortis causa* las posibilidades de la figura anglosajona.

Es por ello que, en la mayoría de los países de Latinoamérica, vemos utilizado “*Fideicomiso*”, en forma unívoca, aludiendo a ambas vías de constitución posibles: tal es el caso de Venezuela⁶, Uruguay⁷, El Salvador⁸, Perú⁹, Panamá¹⁰, México¹¹, Honduras¹², Guatemala¹³, Costa Rica¹⁴, Chile¹⁵, Bolivia¹⁶ o Argentina¹⁷. Ecuador¹⁸ le agrega al Fideicomiso el epíteto “mercantil” (L.M.V.-1998), en

-
- 6 Ley de Fideicomiso 1956 (Ley de Bancos 2001 y Resolución 179-00 Superintendencia de Bancos y Otras instituciones Financieras.
 - 7 Ley 17703/03 (Ley 15322/1982 – Dec. 516/2003)
 - 8 Cod. De Com . Dec. Legislat.671/1970- Ley de Bancos Dec. Legislat., 697/99
 - 9 Ley 26702 Res. SBS 1010/99 y 0084-00
 - 10 Ley 1/1984 (5-1-84) Dec . Ejecut. 16(3-10-84), y 116 (26-12-95)
 - 11 Ley de Instituciones de Crédito – Ley gral de Título y Operaciones de Crédito cap. V – Cod. Comercio.
 - 12 Cód. comercio. Ley de Instituciones del Sistema Financiero (dec. 170/85) Res. 199/00 y 419/99
 - 13 Dec. 2/70, 19/2002, 67/2001 y antec. Res. JM- 223-2002 y 100/02
 - 14 Cod. Comercio – Ley Orgánica del sistema bancario 1644/53
 - 15 DFL 1/97, C. CIVIL, Ley 16.271/65
 - 16 Cod. Comercio de Bolivia, Cod. Tributario. Normas para Bancos y Entidades financieras, Ley 2297/2001
 - 17 Cód. Civ. y Com. De la Nac. Arg. (en vigencia desde 1-8-2015- Anteriormente regulado por Ley 24.441)
 - 18 Ley de Mercado de Valores 107 RO 367, Reglamento Gral Dec. Ejec. 390 RO/887, Ley gral de Instituciones del Sistema Financiero, y Reglamento a Ley Gral de Instituciones del Sistema Financiero – Dec. Ejec. 1852 RO/475

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

tanto en Colombia¹⁹ tiene un esquema dual: Fideicomiso civil/Fiducia Mercantil, regulados: uno por el Código Civil y la otra por el de Comercio, siendo semejante el caso de Ecuador y Paraguay²⁰ que distinguen dentro del género de “*Negocio fiduciario*”: por un lado, el Fideicomiso (Paraguay) Mercantil (Ecuador), sólo si transfiere la propiedad de los bienes fideicomitidos; por el otro, el encargo fiduciario, cuando hay mera entrega de bienes, añadiendo Ecuador, al igual que Colombia que, en tal caso, se rige bajo las normas relativas al mandato. Otros países como Cuba²¹ no le conceden autonomía, pero lo tienen integrado dentro la órbita del Mandato: realizar un acto jurídico o gestionar su realización en interés de otra: en su caso, “operaciones de Fideicomiso (Trust)”. Brasil ²², sólo alude a la “*constitución de propiedad fiduciaria*” a consecuencia de la “*enajenación fiduciaria*”. Por su parte, Chile, República Dominicana y Nicaragua, son países latinoamericanos hispanohablantes que no han seguido un modelo de fideicomiso o fiducia mercantil (RODRIGUEZ AZUERO: 2005: 82), aunque Chile dentro del género de “*comisión de confianza*”, permitidas a los bancos, incluye la “*administración de bienes en fideicomiso*” como una especie.

LA PROPUESTA DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA: Esta evidente disparidad normativa, doctrinaria y jurisprudencial, llevó a que la Convención de la Haya promoviera en 1985 el reconocimiento, de la “*Ley aplicable al Trust Internacional*” como norma de Derecho Internacional Privado, aunque sin pretender imponer una categoría de *Trust* en el derecho interno de los estados firmantes, sino sólo aconsejar su aceptación y la de todas las figuras análogas que existieren en cada Estado. Traza al efecto, un perfil con sus elementos esenciales y características (RODRIGUEZ AZUERO:2005: 96): 1-relación jurídica *inter vivos* o *mortis causa*, mediante la cual un constituyente coloca bienes bajo el control de un *trustee*, ya sea en el interés de un beneficiario, ya sea para una finalidad determinada; 2.-formación de una masa distinta con los bienes encomendados, independiente del patrimonio del *trustee*, quien es titular frente a

19 Cod. Comercio, Circular Básica Jurídica (CBJ), Estatuto Orgánico del Sistema financiero.

20 Ley 921 /1996

21 Ley 59 – D.L. 173 y 172

22 C. Civil Ley 10406/02, Ley 4728 de Mercado de Capitales, Dec. 911/69, Ley 9514/97, Ley 6404/76 y Ley 8668/93.

Mónica Villagra

terceros y tiene facultades administrativas y dispositivas amplias, debiendo dar cuenta de su utilización.²³

El Convenio de la Haya recién entró en vigencia en 1992, y si bien no fue ratificado por la República Argentina, ésta dictó la Ley 24.441, promulgada el 5-1-1995, y a partir de allí, paulatinamente, su utilización fue *in crescendo* para convertirse en una fuente inagotable para cumplir los fines más diversos, una experiencia fructífera por lo que ha sido ya incorporado en forma expresa al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en el L.III, Tit. IV, Cap. 30 a partir del art. 1666.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA FIGURA LATINOAMERICANA²⁴: Una primera aproximación, nos lleva a extraer de los conceptos y definiciones del articulado de cada país, lo atinente a la naturaleza jurídica que se le reconoce en ellos al Fideicomiso o Fiducia, observando que prevalece la noción de “negocio o acto jurídico”²⁵, comprendiendo, en general, tanto actos

23 Subsume, así, no sólo al *Trust*, sino también a la *Fiducia Latinoamericana* y *Fideicomiso Mexicano*, que ya funcionaba desde principio del siglo, así como al *Theuhand* alemán, o al *Bewind* de los Países Bajos. El *Theuhand*, ya había sido consolidado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, permitiendo dos modalidades semejantes a la *fiducia romana*, *cum amico*, y *cum creditore*, con una abundante casuística: a-fiducia gestión, para administrar: patrimonios privados, de asociaciones y fundaciones sin personería, Derechos de propiedad artística, literaria o industrial., empresas comerciales o industriales, acciones de personal de ciertas sociedades, operaciones de factoring, fondos de inversión inmobiliaria, etc.; b- fiducia seguridad sobre distintos tipos de bienes muebles, créditos (actuales o futuros), títulos hipotecarios, etc.. Según refiere Márquez, en la fiducia germánica, el fiduciario (*treuhander*) tiene limitaciones en el derecho de los bienes, que están determinadas por la finalidad perseguida, configurándose como patrimonio de afectación. El fiduciario es propietario formal o legal; la propiedad o el derecho de crédito material corresponde al fiduciante. Por su parte, los Países Bajos mantienen la vigencia del *Bewind* con usos similares, pero limitada a algunos negocios familiares. El constituyente (*Bewindoerder*) cumple función de agente del beneficiario, con poderes exclusivos de administración y disposición de bienes, pero no son de su propiedad. Se utilizó este instituto sin mayores problemas, aceptado jurisprudencial y doctrinariamente, solicitándose la incorporación directa de la misma al Código Civil holandés, pese a lo cual, no fue sancionada y se rechazó su incorporación, dejando bien en claro el legislador que la figura no era válida, no obstante lo cual sigue, de hecho, en vigencia (MARQUEZ :2006:17; RODRIGUEZ AZUERO:2005: 98)

24 Elaboramos este estudio comparativo sobre la base de la Legislación Americana contenida en CD de RODRIGUEZ AZUERO: 2005:665

25 Considerada: “*relación jurídica*” (Venezuela, Perú); “*negocio jurídico*” (Uruguay, Honduras, Colombia en Cod. Com.); “*acto jurídico*” (Panamá), y, por deducción de “*contrato*” o, en su caso, “*testamento*”, ambas formas de constitución del Fideicomiso, “*actos jurídicos*” según la terminología de nuestro antiguo Cod. Civ. y actual Cód. Civ. y Com. (Argentina). En el caso de CBJ de Colombia, sería un “*negocio fiduciario*” (género) con “*transferencia de propiedad*” (especie); de igual naturaleza jurídica se

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

inter vivos o *mortis causa*,²⁶ a cuyo respecto, las más flexibles son las legislaciones de Panamá y El Salvador²⁷

En cuanto al carácter de la entrega de los bienes, el régimen no es uniforme: algunos países reconocen la propiedad fiduciaria, con todos los atributos del dominio²⁸; otros, una limitada y restringida a los fines específicamente perseguidos²⁹, y algunas directamente niegan la propiedad y reconocen sólo la administración con las facultades necesarias para ejercerla.

considera en Paraguay y Ecuador. En Chile “*comisión de confianza*”, y en Brasil, “*negocio jurídico de enajenación fiduciaria*”. La que se aparta del canon, es la de El Salvador, que lo considera como una “*declaración de voluntad*” por la que el fideicomitente transmite el usufructo, uso o habitación, en todo o parte o establece una renta o pensión determinada, confiando su cumplimiento al fiduciario (art. 1233 Cod. Com). En tanto, reiteramos, en Cuba es un tipo de encargo dentro del contrato de mandato, lo que asemeja a la primera noción mejicana que lo consideraba como “*mandato irrevocable*”.

26 Venezuela, Honduras, Costa Rica, Uruguay, Paraguay, Colombia, Bolivia, Argentina, Guatemala

27 Permiten: 1-entre vivos, por instrumento público o privado y para producir efecto después de la muerte del fideicomitente: por testamento, o por medio de instrumento privado, sin formalidades, si el fiduciario es persona autorizada para ejercer el negocio de fideicomiso (Panamá) y 2- una triple clasificación: entre vivos: escritura pública; mortis causa: en testamento; y, mixto: comienza en vida y se continúa durante la muerte pero debe confirmarse en el testamento (se considera como entre vivos, respecto a los efectos que deben producirse en vida del fideicomitente). (El Salvador).

28 De este modo, encontramos, según el caso, que el constituyente (fiduciante o fideicomitente según terminología de cada legislación) transmite (o transfiere) al fiduciario: *uno o más bienes* (Bolivia); *la propiedad de bienes o derechos* (Costa Rica); *uno o más bienes especificados* (Colombia); *la propiedad de bienes (muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas, que existen o se espera que existan) de manera temporal e irrevocable* (Ecuador); *la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos* (Méjico); *la propiedad de los bienes entregados* (Paraguay); bienes (Argentina, Venezuela – Perú, Panamá). Uruguay, una de las legislaciones más recientes que mejoró en su momento su paradigma argentino, refiere a la constitución de propiedad fiduciaria de un *conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales*, transmitidos por el fideicomitente al fiduciario. Brasil, que no tiene una Ley específica de Fideicomiso, pero contempla su posibilidad en normas aisladas para muebles fungibles, inmuebles, acciones, fondos de inversión, securitización, refiere a la propiedad fiduciaria como *la propiedad resoluble de cosa mueble fungible que el deudor transfiere como garantía al acreedor*. (art. 1361 C.C.) o de *inmuebles* (Ley 9514), mediante enajenación fiduciaria en garantía por la cual se da el desdoblamiento de la posesión, pues mientras transfiere al acreedor el dominio resoluble y la posesión indirecta de la cosa mueble enajenada, independientemente de la tradición efectiva del bien, transforma al enajenante o deudor en poseedor directo y depositario con responsabilidades y encargos que le incumben de acuerdo a ley civil y penal.

29 Así lo expresan: *bienes o derechos, pero sin facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas del fideicomitente en el instrumento de constitución* (El Salvador); *ciertos bienes y derechos, afectándolos a fines determinados y el fiduciario los recibe con limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines* (Guatemala); *bienes para constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto a dominio fiduciario, derecho de carácter temporal que da al fiduciario solo las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicomitado para el cumplimiento del fin o fines, con la limitación del acto*

Aclarando específicamente el alcance de la transferencia o transmisión, ciertos países resaltan que la transmisión está condicionada a las instrucciones precisas acorde a los fines del fideicomiso existiendo, en algunos países, normas muy específicas que ponen límites a la actividad del fiduciario³⁰ o que restringen la afectación de los bienes al fin perseguido³¹. La elasticidad y versatilidad del negocio fiduciario es tal, que algunas legislaciones contemplan una norma genérica³²

Para abordar específicamente el tema del Patrimonio Fideicomitado, considerado en sí mismo, nos resulta apropiado tener en cuenta los distintos modelos posibles, según enseña Cámara Lapuente, como puede estructurarse el Fideicomiso: a- dos propiedades distintas sobre los mismos bienes (modelo del *trust* anglosajón); b- propiedad al fiduciario y derechos personales al beneficiario para la defensa de sus derechos (*fiducia romana*); c- propiedad del fiduciante y legitimación del fiduciario (*theuhand*); d- propiedad del beneficiario y pura administración del fiduciario, pero sin transmitirle propiedad (*bewind*); e- personalidad jurídica al fideicomiso; f- patrimonio de afectación, sin propietario: (CCQ), y g- patrimonio separado, propiedad del fiduciario (*fiducia legal*). Este último sistema es

constitutivo (Perú); *bienes para que los administre o disponga a favor de fideicomisario o beneficiario, con todas las acciones y derechos inherentes al dominio, pero sujeto a los fines del fideicomiso, condiciones y obligaciones que impongan la ley y el instrumento* (Panamá). Esta limitación está presente en Honduras, que sin aludir a transferencia o transmisión, refiere a “*atribución de titularidad dominical*” y que, aclara, implica cesión de derechos o traslación de dominio de ciertos bienes a favor del fiduciario, con limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin.

- 30 Vg: *ejercer las facultades dominicales sobre los bienes y derechos en función del fin que deba realizar y no en interés del fiduciario* (Honduras); o *que se obliga a administrar o enajenar los bienes para cumplir una finalidad determinada en provecho del fiduciante o de un tercero-beneficiario* (Bolivia); *emplear los bienes para la realización de fines lícitos y predeterminados en acto constitutivo* (Costa Rica); *utilizar los bienes a favor de fideicomitente o tercero beneficiario* (Venezuela); *administrar o enajenar para cumplir la finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste, o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario* (Colombia); *cumplir finalidades específicas instituidas* (Ecuador).
- 31 Respecto a los bienes, algunas normas prevén expresamente que quedan *afectos al fin a que se destinan y sólo pueden ejercitarse derechos y acciones que se refieran a ese fin, salvo las que reserve el fideicomitente expresamente, que deriven del fideicomiso, o los adquiridos legalmente con anterioridad a la constitución por el fideicomisario o terceros*. (México, Salvador, Honduras); *los dineros sobre comisiones de confianza o que provengan de ellas serán invertidos de acuerdo a las instrucciones recibidas* (Chile). Perú dispone que el patrimonio fideicomitado queda afecto al cumplimiento de un fin específico a favor de fideicomitente o tercero (fideicomisario).
- 32 *Cualquier fin que no contravenga la moral, leyes u orden público* (Panamá); *destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la institución fiduciaria* (México = Honduras), y, con la mayor amplitud, puede constituirse para servir todas las finalidades imaginables como actividades jurídicas, siempre que sean lícitas y determinadas (Honduras).

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

el seguido por las legislaciones latinoamericanas y por la Convención de la Haya (MARQUEZ: 2008: 20-22) Un caso típico del modelo relacionado al punto e-, es el de Ecuador³³, que es el único país latinoamericano que reconoce la *personalidad jurídica* del Fideicomiso y que coloca a la fiduciaria como representante legal del Fideicomiso, reconocido expresamente como patrimonio autónomo con personalidad jurídica, constituyéndose así en la postura más amplia de Latinoamérica³⁴. Sin embargo, esta postura amplia, no es la seguida por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, que se enrolan por lo general en el último de los tipos propuestos: fiducia legal. Algunos países refieren a “*un patrimonio autónomo*” o “*separado*”³⁵ de los de *fiduciario* y *fiduciante*, o, en su caso, *fideicomitente*, o bien, de un “*patrimonio de afectación*”³⁶. Corolario de tales disposiciones, según la normativa más generalizada entre todos los países, es que los bienes del patrimonio fideicomitado (o los que los sustituyan) quedan exentos de la acción de todo acreedor

33 Así dispone Ecuador que su Fideicomiso Mercantil es un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, integrado por: bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes transferidos o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente, esto es, postulándolo como conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, pero que no es sociedad civil o mercantil, sino una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario (Ecuador)

34 Es la postura más cercana a los postulados del Código Civil de Québec, que considera a la Fiducia como patrimonio de afectación autónomo y distinto del constituyente, fiduciario o beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene derecho real.

35 Así se tiene como: *un patrimonio autónomo* (Bolivia); *un patrimonio autónomo* distinto de los individuales del constituyente, fiduciario y beneficiario, y de otros fideicomisos mercantiles del mismo fiduciario (Ecuador); *un patrimonio fideicomitado distinto* al del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes (Perú); *un patrimonio autónomo apartado* para los propósitos del fideicomiso (Costa Rica); *un patrimonio separado de los personales del fiduciario* (Panamá) *un patrimonio separado de los del fiduciario y del fiduciante* (Argentina) El Salvador también dispone que, respecto a los bienes afectados al fin a que se destinan, los Bancos deben garantizar la completa separación de patrimonios (contabilidad separada). En Paraguay, frente a la distinción entre Fideicomiso y encargo fiduciario, resalta que, en el primero, hay un patrimonio autónomo o especial, afectado al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo, mientras que el segundo, no da lugar a formación de tal, pero los bienes deben destinarse al cumplimiento de la finalidad señalada en la constitución, por lo cual rige en ambos el principio de la Autonomía de los bienes, mediante separación económica y contable.

36 Vg. *un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios de fideicomitente, fiduciario y beneficiario* (Uruguay) *afecto a la finalidad contemplada* y deben mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de otros negocios fiduciarios (Colombia);

Mónica Villagra

que no lo sea del fideicomiso.³⁷ Por ello, algunas legislaciones contemplan normas específicas respecto de los acreedores³⁸

Respecto a quiénes pueden ser designados como fiduciarios, la mayoría toman un criterio restrictivo, requiriendo un fiduciario profesional, especialmente, instituciones bancarias o personas jurídicas autorizadas a ejercer encargos fiduciarios. Pocos países toman la postura amplia de la República Argentina³⁹,

37 Vg.: *no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario* (Venezuela, Paraguay); *ni a la masa de su liquidación y sólo garantizan las obligaciones contraídas por el fiduciario en cumplimiento de la finalidad* (exige que el fiduciario exprese siempre la calidad en que actúa y no pueden ser perseguidos judicialmente por los acreedores del fideicomitente, salvo impugnación por fraude de terceros (Paraguay)); *sólo responden por obligaciones derivadas del fideicomiso o su realización* (Venezuela); *no pueden ser secuestrados ni embargados, salvo por obligaciones o daños causados con ocasión de la ejecución del fideicomiso, o por terceros cuando se han traspasado o retenido los bienes con fraude y en su perjuicio* (Panamá); *están exentos de la acción singular o colectiva de acreedores del fiduciario, ni pueden agredirlo los acreedores del fiduciante, salvo acción de fraude.* (Argentina); *no forman parte de garantía general con relación a los acreedores del fiduciario* (Bolivia, Colombia) y *sólo garantizan obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, no pudiendo ser perseguidos por acreedores del fiduciante, salvo que sus créditos sean anteriores a la constitución* (Colombia); *sólo garantizan obligaciones derivadas del fideicomiso o su ejecución* (Bolivia); *garantizan las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para las finalidades previstas y pueden ser embargados y objeto de precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores del fideicomiso.* (Ecuador); *están exentos de acción singular o colectiva de acreedores del fiduciario, y los acreedores del fideicomitente sólo tienen acción por fraude* (Uruguay). El límite de la acción por fraude está prevista en otras legislaciones: *el negocio fiduciario celebrado en fraude puede ser impugnado por los interesados.* (Colombia) *por cualquier perjudicado.* (Bolivia) Una norma que encontramos sólo en Guatemala, dispone que el patrimonio fideicomitido solo responde: *por obligaciones que se refieren al fin del fideicomiso; de los derechos reservados por el fideicomitente; de los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso; de los derechos adquiridos legalmente por terceros, incluso, fiscales, laborales o de cualquier índole; de derechos adquiridos por el fideicomisario antes o durante la vigencia del fideicomiso* (Guatemala).

38 Respecto de los acreedores del beneficiario: *solo pueden perseguir los rendimientos que le reporten los bienes* (Colombia, Paraguay, Bolivia), *siempre que sean anteriores a la constitución del fideicomiso* (agrega Bolivia); *sólo podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste correspondan según contrato* (Ecuador); *los acreedores del beneficiario, pueden ejercer los derechos sobre los frutos de los bienes y subrogarse en sus derechos.*(Argentina); *en fideicomiso por acto entre vivos, sólo pueden perseguir los frutos de los bienes fideicomitados, pudiendo subrogarse en sus derechos* (Uruguay); *puede anotarse sobre los bienes para gozar de preferencia al extinguirse el fideicomiso y, en caso de bienes no registrables, el fiduciario extiende constancia de enterado para tenerlo presente al momento de liquidación.* (Guatemala).

39 Nuestro país se había colocado a la vanguardia, y fue en ello seguido por la novel legislación uruguaya, al punto que el Proyecto de Reforma del Código Civil Francés del Senador Marini (2005), se contemplaba la posibilidad. No obstante ello, la restricción tradicional primó en Francia, y la *Fiducie* incorporada a aquél Código Civil, en Febrero de 2007, por aprobación del Proyecto, fue vetada en ese punto, y se postuló dentro de los parámetros de profesionalidad, agregándose la novedad del Registro de Fiduciarios, bajo el modelo uruguayo.

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

que permite el desempeño como fiduciario tanto de personas físicas como jurídicas, sin requerir la profesionalidad, salvo para supuestos especiales, v.g. los Fideicomisos Financieros.⁴⁰ La mayoría se vuelca por un fiduciario que debe pedir autorización expresa para funcionar, la cual es concedida o bien por la ley bancaria o financiera, o por el organismo de control dispuesto en cada país: sean los Bancos Centrales, las Superintendencias, Juntas, etc., y puede ser suspendida o cancelada la licencia, por los motivos particulares que en cada país se dispone, estando, como expresa la ley ecuatoriana, sujetas a las normas de solvencia y prudencia financiera y de control previstas en la ley. Esto revela que las posibilidades de conducirse como un *trustee*, son, en el modelo genérico latinoamericano, más restringidas y profesionalizadas que en su par anglosajón. La mayor flexibilidad, la hallamos en aquellos pocos países que, como el nuestro, aceptan la participación de fiduciarios físicos y particulares, obligando a registrarse en algún:os casos (Uruguay) o a registrar los fideicomisos (Argentina).

Una regulación específica en algunos países, pero generalizada en la tipología doctrinaria de la Fiducia latinoamericana, es la imposibilidad de que se reúnan en una misma persona el carácter de fideicomitente y fiduciario⁴¹, beneficiario y fiduciario, o fideicomisario y fiduciario, según se distinga o no entre aquellas últimas calidades (beneficiario-fideicomisario).⁴² Brasil, tiene una disposición

40 *Postura amplia: Personas físicas (naturales) o jurídicas* (Argentina, Uruguay, Panamá, Costa Rica). Con ciertas limitaciones, según cada legislación *Postura restringida - Personas Jurídicas profesionales:* (Bolivia, Chile, Guatemala, Colombia, Honduras, Cuba, México, Venezuela, Ecuador, Perú, El Salvador y Paraguay, exigiendo cada país diferentes requisitos, aunque siempre estas personas jurídicas están bajo algún tipo de control estatal.

41 Por el contrario, bajo el parámetro del Trust, el *settlor*, puede constituirse en *cestui que use*, como así también en propio *trustee*, sin que ello invalide el acto, pero para ello, siguiendo el parámetro de la ley canadiense citada, se dispone una limitación: en tales condiciones, no ser fiduciario único: el constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe obrar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario. (Quebec) Panamá, por su parte, admite que en ciertos casos un fiduciante sea fiduciario, asemejándose a la posibilidad del *settlor-trustee*, pero sólo que si son entidades de derecho público, pues autoriza que retengan bienes propios en fideicomiso y actúen como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta ley.

42 Así se dispone: *el fiduciario jamás puede ser fideicomisario* (Honduras); *el fiduciario nunca puede ser fideicomisario* (Guatemala); *el fiduciario no puede ser fideicomitente ni beneficiario* (Paraguay); *no puede reunir la misma persona carácter de fiduciario y beneficiario; si sucediera, no puede ser acreedor de los beneficios mientras subsista la confusión y es nula la estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del fideicomiso el dominio de los bienes* (Bolivia); *el fiduciario no puede ser fideicomisario* (Argentina, Costa Rica, Salvador), y *si llega a coincidir tales calidades, el fiduciario no*

Mónica Villagra

más permisiva, ya que si bien declara nula la cláusula que autoriza el propietario fiduciario a quedarse con la cosa enajenada en garantía si la deuda no es paga en el vencimiento, lo cual impide al fiduciario-acreedor ser fideicomisario del contrato, permite que, después del vencimiento de la deuda, el deudor de su derecho eventual a la cosa en pago de la deuda con la anuencia del acreedor.

Tampoco existe en Latinoamérica uniformidad en cuanto a los plazos, hay posturas amplias, 80 años, o incluso más (Ecuador) y posturas más restringidas que lo establecen en 20, 25 o 30 años, salvo circunstancias excepcionales en que autorizan una mayor.⁴³ Además del plazo máximo, se prevén causas de extinción, por causales que pueden surgir del acto constitutivo o de la ley. Las causales más comunes son cumplimiento de término o condición resolutoria; haber completado el fin de la afectación; resultar imposible o no cumplirse la

podrá recibir los beneficios del fideicomiso mientras la coincidencia subsista (Costa Rica); el fiduciario no puede ser beneficiario. (Venezuela)

- 43 20 años: Méjico, Colombia. Este último prevé la excepción de los fideicomisos constituidos en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o utilidad común; 25 años: Guatemala, *salvo si el fideicomisario es una entidad estatal, de asistencia social, cultural, científica o artística con fines no lucrativos, o un incapaz o enfermo incurable, en cuyo caso el plazo puede ser indefinido* (Guatemala); *con excepción de los fideicomisos a favor de Estado, municipio, entidad pública, instituciones de beneficencia o cultura o de los legalmente incapaces, en que pueden ser sin plazo y continuar mientras los fines lo justifiquen* (Salvador, en donde se agrega una regla para el caso de fideicomiso sujeto a condición suspensiva: si la condición no puede cumplirse antes de 25 años, se tiene por cumplida desde aceptación del fiduciario; si puede realizarse antes o después de 25 años, y vencido el plazo máximo no se verifica, no hay fideicomiso); 30 años Venezuela, Uruguay, Bolivia, Perú, Costa Rica, Paraguay, quedando *prohibidos los fideicomisos que superen dicho plazo cuando se designe como beneficiaria a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia* (Honduras); *excepto que el beneficiario fuere un incapaz o persona de capacidad restringida, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad o de la restricción de su capacidad* (Argentina); *salvo que el beneficiario sea una institución de asistencia, científica, cultural o técnica, con fines no lucrativos.* (Bolivia); *excepto : a- el fideicomiso vitalicio en beneficio de fideicomisarios determinados que han nacido o están concebidos al constituirse el fideicomiso, hasta la muerte del último de los fideicomisarios. B- el fideicomiso cultural (establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos, el plazo puede ser indefinido, subsistiendo mientras sea factible cumplir el propósito. C- en casos especiales autorizados por la superintendencia en que sea necesario extender el plazo máximo para no perjudicar intereses de terceros* (Perú); *sólo cuando es a favor de persona jurídica* (Venezuela); *prohibido cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica, salvo si éste fuere estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos* (Costa Rica). El plazo amplísimo de 80 años, lo tiene Ecuador, pues prevé que lo sea hasta el cumplimiento de la finalidad o de la condición, no pudiendo superar los 80 años, salvo si la condición resolutoria es la disolución de la persona jurídica; si es para fines culturales, de investigación, altruistas o filantrópicos (museos, bibliotecas, institutos de investigación científica, difusión de cultura, alivio de interdictos, huérfanos, ancianos, minusválidos y menesterosos, en los que dura mientras se pueda cumplir el propósito. (Ecuador).

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

condición suspensiva; ausencia de fiduciario e imposibilidad de sustituirlo; revocación por parte del constituyente, si se reservó ese derecho; resolución por mutuo acuerdo de fiduciante y fiduciario o de fiduciante y fideicomisario, dejando a salvo los derechos de terceros.

Existen muchos otros parámetros para cotejo, que *brevitatis causa* ante la limitación de extensión de una ponencia no podemos incluir, pero que han sido objeto de investigación oportuna, como ser, lo atinente a las normas que establecen la responsabilidad del fiduciario, la inexistencia, nulidad o anulabilidad del fideicomiso, sobre todo respecto a la temida sustitución fideicomisaria; o las sanciones ante el fideicomiso constituido en fraude de terceros o acreedores; o las sanciones penales que pudiere ello acarrear como el previsto en C.P. De Argentina, Venezuela o Panamá. Cada país contempla prohibiciones especiales, de lo cual también puede, por vía de aplicación de las normas de fondo, derivar ya en inexistencia o nulidad del fideicomiso, sea en su constitución o en su ejecución por el fiduciario.

Habiendo analizado someramente cómo está configurada la figura latinoamericana en la actualidad, nos preguntamos: ¿es válido afirmar que el Fideicomiso/Fiducia latinoamericana es heredera legítima de la fiducia y del fideicomiso romanos clásicos?

El reconocimiento jurisprudencial de la doble vertiente romana y anglosajona: Encontramos dos fallos emblemáticos de la C.S. de Colombia que ponderan su origen romanístico, haciendo hincapié en el valor de la *fides* que subyace a la *fiducia*:

A.- En el de la Sala de Casación Civil con fecha 14 de febrero de 2006 (expte. 05001-3103-010-1999-1000-01) se resalta que, en su país, funcionan dos fideicomisos diferenciados: a) el del Código civil, denominado propiedad fiduciaria; b) el del Código de Comercio, o fiducia mercantil. “Esta última tiene origen en el derecho anglosajón a diferencia de la mayoría de los contratos inscritos a los derechos romano-francés y romano-germánico, pues reconoce que: a) desde una óptica etiológica es fundamentalmente la expresión del denominado “trust” angloamericano ... y así surge en la exposición de motivos de la Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958, antecedente inmediato del Código reconoce que “se trata del fideicomiso angloamericano o trust, “al estilo de El Salvador, México o Puerto Rico.”; b- genera un doble tipo de propiedad sobre el bien fideicomitado: a) una propiedad legal o formal, radicada en el

Mónica Villagra

“trustee”; y b) una propiedad equitativa o material, radicada en el beneficiario; y esta bifurcación del derecho real aludido pugna o rivaliza abiertamente con el concepto absoluto y unitario que consagra el Código Civil en torno al dominio (art. 669)”; sin embargo, reconoce también que el concepto de fiducia –*lato sensu*–, específicamente en la modalidad de fiducia en garantía no es completamente extraño al derecho romano, pues existía la propiedad fiduciaria bajo dos tipos de *fiducia cum amico contractus* y *cum creditore contractus*. A) *cum amico*, mediante el cual se transmitía la propiedad sobre una cosa determinada a una persona de confianza, con la finalidad exclusiva de que fuera usada o custodiada y después devuelta al *accipiens*. B) *cum creditore*, con la cual se garantizaba el pago de una obligación mediante la transferencia al acreedor de la potestad dominical sobre una cosa: a) únicamente se retornaría al deudor si pagaba la deuda en la oportunidad prevista; b) caso contrario, el *creditor fiduciarius* satisfacía su derecho de crédito a través de la *res fiduciae data*, según lo convenido; c) tiene innegable similitud finalística con *pignus* que en sus orígenes, requería: i) tenencia del bien pignorado por parte del acreedor; ii) usualmente se aparejaba el pacto comisorio por una estipulación previendo la facultad para aquel de apropiarse de la cosa prendada, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Con respecto a la Fiducia en Garantía ha expresado, de esta manera, que: “el fideicomitente transfiere al fiduciario uno o más bienes, muebles o inmuebles, para que respalden una o varias obligaciones, de forma tal que, en caso de incumplimiento, el fiduciario proceda a la enajenación de los mismos y a pagar correlativamente a los respectivos acreedores, en tanto beneficiarios de la fiducia”, reconociendo que tiene propia y singular fisonomía y arquitectura y no puede ser confundida con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario (Sent. de noviembre de 2005; exp.: 03132-01) y puede ser delineado con libertad por el fideicomitente siendo los únicos límites que tiene, los impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1524 inc. 2 C.C. Colombiano).

La misma Sala Civil en sentencia dictada el 30-7-2008, en expediente No. 11001-3103-0361999-01458-01 agrega que “La expresión fiducia (*fidutia*, confianza), tener fe (*fides*), ser fiel (*fidus*, fiel), estar a la palabra (*fit quod dicitur*), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada *intuitu personae* en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro...La

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

construcción doctrinaria del negocio fiduciario, data de la pandectística alemana, atribuyéndose su nomen a Ferdinand Regelsberger”.⁴⁴

Este reconocimiento jurisprudencial que honra las raíces romanísticas de nuestra actual Fiducia nos permite apreciar la vigencia, durante más de 2700 años de evolución, de una institución romana cuyo origen se remonta a los tiempos más remotos, aun cuando, reconocemos que la Sentencia ha omitido una cuestión fundamental en la transición hacia la equiparación con el Trust: la fusión operada con otra vertiente, la del *Fideicommissum*. Analicemos, entonces, ambas instituciones romanas desde una sobre perspectiva sincrónica y diacrónica.

LA FIDUCIA ROMANA ARCAICA: Existe cierto consenso en considerar que la *fiducia* fue la primera en el tiempo y que de ella surgirían la *Fideipromissio* y luego la *Fideiussio*, unificadas como fianza, y, en el orden *mortis causa*, el *Fideicommissum* como posible evolución del *testamentum per aes et libram*, uno de las más antiguas figuras fiduciarias. Pero, la gran diferencia apreciable entre ambos, es que la vía de reconocimiento jurídico tomó rumbos distintos: mientras la *fiducia* fue acompañada del *pactum fiduciae*, adquiriendo paulatinamente

44 Finalmente, dicha Corte ha postulado respecto a la de Garantía que: 1.-“los bienes conforman un patrimonio autónomo que se constituye con el único propósito de garantizar el cumplimiento de un deber de prestación (art. 1233 C. de Co.) por lo que salen del haber del fiduciante –las más de las veces el deudor-, para pasar al dominio –sólo formal o especial- del fiduciario quien a la manera de un tercero frente a la obligación garantizada y en el evento de incumplimiento de la misma, deberá enajenar los bienes fideicomitidos con estricta sujeción a las instrucciones liminarmente otorgadas por el constituyente, en orden a pagar a los acreedores beneficiarios el monto de sus acreencias: a) con el producto de la venta; b) mediante la dación en pago, si ella fue prevista en el acto constitutivo y es aceptada por aquellos.”2.-“la fiducia en garantía, envuelve una caución, entendida “genéricamente” como la “obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena” (art. 65 C.C.). y al celebrarla: a) el constituyente-deudor prevé un mecanismo que permita la solución de la obligación, si ella, *in futurum*, no puede ser satisfecha oportunamente; b) el acreedor no es quien realiza la garantía, sino un tercero, el fiduciario, en un todo de acuerdo con las instrucciones otorgadas.” 3.- “la fiducia en garantía no es un arquetípico derecho real en cabeza del fideicomisario-acreedor: a) en materia de derechos reales rige –en Colombia- el criterio de *numerus clausus* –por oposición al de *numerus apertus*-; b) el beneficiario de la fiducia mercantil de garantía no goza del atributo de persecución; c) dicho contrato no es causa especial de preferencia –propia de dicha- sobre los bienes fideicomitidos (art. 2493 C.C.); d) ni le concede privilegio al crédito garantizado (art. 2494 *ib.*).”4.-Existe un tercero encargado de la realización (obligación de enajenar tales bienes, para que con su producto se verifique el pago) de los bienes fideicomitidos, para el evento de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, “el fiduciario” (persona jurídica): a) no es el acreedor-beneficiario; b) no cabe afirmar que el acreedor-beneficiario tiene la facultad de disponer de los bienes objeto de la garantía, o de apropiarse de ellos por medio diverso del previsto en la ley: i) el acreedor tiene el derecho de exigirle al fiduciario que: 1) venda los bienes fideicomitidos; 2) en su caso, le haga dación en pago; ii) pero no es el acreedor quien: 1) procede a venderlos; 2) ni se apropia de ellos por el sólo hecho del incumplimiento

Mónica Villagra

relevancia en el orden jurídico procesal ordinario durante la República hasta llegar a la concesión de una *actio fiduciae*; el *fideicommissum* obtuvo incipiente y muy lenta recepción procesal, pues recién con Augusto se admitió el planteo de la infidelidad del fiduciario, a través de la vía cognitoria y extraordinaria y surgió una nueva figura: el *praetor fideicommissarius* (IGLESIAS: 1993:601).

Aquella arcaica institución se mantuvo en vigencia intensamente durante la República y el Principado, pues de ella encontramos las referencias en Plauto (s. III a C.), Cicerón (s. I a C.), como así también en las Institutas de Gayo (s. II d C.) (LONGO: 1933:163-164). Su origen podría ubicarse aprox. entre los siglos V a II a C. (BELDA MERCADO: 2007: 53).

No existe consenso unánime en considerarla en la esfera contractual. Fernandez de Buján lo considera como negocio formal de naturaleza real (FERNÁNDEZ DE BUJÁN: 2004: 433), en tanto García Garrido, siguiendo la tendencia romanística moderna, lo define como “un **contrato** formal por el que una persona, fiduciante, transmite a otra, fiduciaria, la propiedad de una cosa mancipable mediante *mancipatio* o *in iure cessio* y éste se obliga a restituir la cosa en un determinado plazo o circunstancia” (GARCÍA GARRIDO: 1989: 583).

La vida y la muerte de los romanos estaban impregnados de *fiducia*, resultando de suma trascendencia la elección del fiduciario, por tratarse de un encargo *intuitu personae*; librado a la fides y con fines específicos. Conviene distinguir por un lado, el negocio fiduciario y, por otro, el acto (negocio) jurídico de transmisión del dominio fiduciario: *Mancipatio* o *in iure cesio*.⁴⁵ La mención “*fidi fiduciae causa*” inserta en ambos, tenía carácter de una *nuntiatio*, que no obsta a que se opere en forma efectiva y directa la adquisición del derecho real por parte del fiduciario, pero indicaba la existencia de una obligación –en sus inicios meramente moral- de restituir la cosa a su anterior propietario.

Afortunadamente, se conservan dos importantes documentos epigráficos: La *Tabula Baetica*, y el *Tríptico Pompeiano* (LONGO:1933 10-11; MESSINA: 1948: 113-114) que atestiguan la operatividad de la *fiducia* hacia los s. I o II d C.:

45 a- en la *mancipatio*: como *imaginaria venditio* (venta imaginaria) que se realizaba *per aes et libram*, el *fiduciarius*-comprador afirma que la cosa le pertenece por derecho civil *fidi fiduciae causa*, diciendo “*hanc rem meam esse aio fiduciae causa*” y paga el precio ficto (*nummo uno* - un as o sextertio) al vendedor que calla y lo recibe, frente a cinco testigos y el *libripens* (portador de la balanza); b- en la *in iure cessio*: el *fiduciarius* se presenta ante el pretor como demandante en un proceso ficticio de reivindicación, afirma que la cosa le pertenece por derecho civil *fidi fiduciae causa*; el fiduciante, demandado, se allana o nada dice, y el pretor adjudica la cosa al fiduciario.

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

1 - El *Bronce de Bonanza* -como también se denomina a la primera- es una tablilla de bronce que fue descubierta en 1867, en la zona de la actual Andalucía, y que consta de 17 renglones escritos con letra epigráfica que, posiblemente habría estado clavada a una pared, por lo que parte de la doctrina acepta que habría sido utilizada a modo de formulario o para conocimiento general, en tanto otros, creen que se trató de un negocio jurídico particular (BUENO DELGADO: 2004: 154-5) . Entre las líneas 1 a 6 se informa sobre la *mancipatio fiduciaria* entre Dama, esclavo de Lucio Ticio y Lucio Baiano, estos dos últimos, seguramente, gozarían de ciudadanía romana, como así también el objeto -fundo Baiano- debe haber estado sometido a *ius italicum*, pues de lo contrario, no hubiera sido posible efectuar una *mancipatio*. (BUENO DELGADO: 2004: 157) Comienza con la alocución “*pactum conventum factum est*” en la línea 6 y ello marca el inicio de la transcripción del pacto agregado, de donde surge claramente la finalidad de garantía o aseguramiento de la *mancipatio* fiduciaria: el esclavo Midas y el fundo Baiano son los bienes “*fiduciados*”. En caso de incumplimiento, se faculta al acreedor o sus herederos a vender total o parcialmente la garantía, dónde y cuándo quieran, “*ubi et quo die vellet*”, y en esto consistía el *pactum de vendendo*, con lo cual quedaba limitada la responsabilidad del acreedor, pues de lo contrario, bastaba que en algún momento el deudor cumpliera, para que el acreedor tuviera que remancipar la cosa a su favor. Se enumeran los créditos alcanzados presentes o futuros alcanzados con la *mancipatio* fiduciaria, entre cuyas causas de crédito D’Ors, citado por Bueno Delgado, divide en tres tipos: *pecunia credita*, *pecunia expensa lata* y las derivadas de fianzas personales (*fidepromissio*, *sponsio* y *fideiussio*). Otro pacto que surge agregado en los 3 renglones finales el *pactum de non praestando evictione*, con una garantía casi nula (2 sextersios). (BUENO DELGADO: 2004: 160 y ss.)

2 - Por otra parte, entre los documentos de naturaleza procesal, y negocial (actividad mercantil, financiera o comercial), hallados en Pompeya conocidos como las “*tablillas pompeyanas de Murécine*”, se conservan dos trípticos del archivo de los Sulpicios -familia de libertos que se dedicó al comercio y posiblemente a la actividad banquera-, que dan cuenta de negocios de mutuo o préstamo, curiosamente realizados entre dos mujeres y que datarían aprox. entre 29 y 62 d C. (LÁZZARO GUILLAMÓN: 2003: 164). En época de la República, según enseña Fernández de Bujan, se habría iniciado ya aquella tendencia de dejar constancia por escrito, “*testatio*”, de actuaciones procesales o negociales, redactadas en tercera persona -generalmente en tablillas de madera enceradas

Mónica Villagra

(*tabulae ceratae*), ya sea dos, tres o más láminas (dípticos, trípticos y polípticos), del mismo madero (para evitar falsificaciones) y atados entre sí por cordones de cuero. (FERNÁNDEZ DE BUJAN, A.:2005-117-142) Uno de estos trípticos es el que transcribe una *mancipatio fiduciaria* (aseveración que ha sido discutida por algunos autores, al no contener expresamente la locución *fidi fiduciae causa*) que, curiosamente, se habría realizado entre dos mujeres: Poppaeae Prisci liberta Note, y otra, Dicidadia Margaris. Al igual que en la formula bética, le sigue un *pactum conventum* para permitir a esta última proceder a la venta de los esclavos dados en fiducia si no se pagara el crédito, comprometiéndose ésta a devolver el *superfluum* a Nota o a sus *heredes*. En el otro tríptico consta la estipulación del mutuo de la cual habría sido accesoria aquella fiducia, como garantía.

La *fiducia cum creditore*, “*iure pignoris*”, permitía que el deudor por *mancipatio* o *In iure cessio* entregara a su acreedor una cosa propia, con la finalidad de garantizar una deuda preexistente que los vinculaba, y que *fidi fiduciae causa*, el *creditor* se comprometía a restituirla por medio de una *remancipatio* una vez cumplida la deuda. Si bien no constituye un derecho real autónomo y sólo reviste el carácter de *pactum conventum*, al concederse la *actio fiduciae*, se transformó en antecedente de las acciones que luego se reconocerían al *pignus* y a la *hypotheca*, como *iura in re aliena* de garantía.

La otra modalidad de la *Fiducia*, fue, *ut supra* dijéramos, la *cum amico*, que es a partir de la cual se habrían abierto camino numerosos contratos de uso cotidiano: mandato, depósito, comodato, sociedad, prenda, e incluso, el mismo *fideicommissum* como evolución del testamento libral. Ambas modalidades, luego de más de mil años de vigencia, fueron arrastradas al olvido con el ocaso de los modos formales de transferencia de dominio (*mancipatio-in iure cessio*) (BELDA MERCADO: 2007:) y de la distinción entre *res mancipi et nec mancipi*, decayendo en importancia hasta desaparecer en la obra justiniana, siendo las últimas noticias que de ella se tienen del 395, una Constitución de Arcadio y Honorio que consta en el *Codex Theodosiano* (435). (LONGO: 193:164) ⁴⁶

46 Hacia el fin del s IV; todavía habría sido utilizada en época postclásica pues figura en los Fragmentos Vaticanos y en el Cod. Theodosiano. Para el s. V, encontramos en Occidente, algún pasaje de la Lex Romana Visigotorum (Breviario de Alarico) y algún papiro del 453 y referencia posteriores de San Ambrosio, Sidonio Apolinario, Isidoro de Sevilla, pero que sólo dan alguna definición más teórica que práctica del instituto. En Oriente, por el contrario, ya a principios del s. V no se encuentran trazos y por ello es cancelada en la constitución justiniana más impregnada de derecho bizantino. (LONGO: 193:163-164)

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

Por esta razón, en el *Corpus Iuris Civilis* no se la menciona, mientras que, el Fideicomiso, por el contrario, va adquiriendo cada vez mayor fuerza para suplir la vía testamentaria adquiriendo un importante relieve en la Compilación Justiniana. Al efecto se ha probado acabadamente la *tesis interpolacionista* cuando, al efectuar su hipótesis de reconstrucción del *Edictum perpetuum*, el gran filólogo alemán, Otto Lenel (1903: 5-10) recurriendo a un método sistemático-exegético para análisis del Digesto a fin de eliminar lo que hubiere de espúreo, dejó asentado cómo habría sido redactada la fórmula de la *actio fiduciae* y dónde habría estado ubicada en el Edicto: en el Título XIX del Edicto en *De bonae fidei iudiciis*; advirtiendo que, donde en la época clásica refería a la fiducia, se habrían interpolado los nombres de aquellas otras figuras jurídicas que a partir de ella surgieron: vg. *pignus*, *commodatum*, *fideicommissum*, etc.

Inadvertida durante toda la Edad Media y Moderna, la *fiducia* fue revalorizada recién a partir de 1816 cuando el célebre historiador Niebhur descubre por casualidad el texto completo de las *Institutas* de Gayo en el *palimpsestus* de Verona, según confirmara Federico Carlos Von Savigny (DI PIETRO: 1997:16). Precisamente Gayo, en sus *Institutas* II, fr. 59/60, cuando explica la única excepción a la regla de la usucapión, había remitido al ejemplo de la *usureceptio* que permite “*usucapir a sabiendas la cosa ajena*”, por posesión anual, sea el bien mueble o inmueble, cuando “*por medio de mancipatio o in iure cessio se da en carácter de fiducia una cosa a otro*”, para luego, conceptualizar las dos figuras: *Fiducia cum amico*, y la *cum creditore*, diferenciando la situación de la *usureceptio* en cada caso. (DI PIETRO: 1997: 235-236)

La *fiducia cum amico* es la “*primera manifestación histórica del negocio fiduciario*” (FUENTESECA: 1994: 3), y de ella, dan cuenta las más arcaicas instituciones jurídicas: 1- Desde las XII Tablas ⁴⁷, en la *emancipatio*, realizada mediante la triple venta del hijo que provocaba la pérdida de la patria potestad;

47 En la *emancipatio* intervenía un “tercero” (que recibía a aquél hijo “*in mancipium*”) que, a cada mancipación, manumitía al hijo por medio de la *vindicta*. Este tercero sería *fiduciarius*, con el encargo de la manumisión. Se entiende que, si el tercero fallaba al compromiso de manumitirlo, el hijo quedaba bajo *mancipium*, pero la pérdida de *patria potestas* se había operado en forma irrevocable. Esto muestra que, quizás, en los primeros tiempos no existía un *pactum*, entendido como un acuerdo sellado con la *sanctio* ritual, sino solo un acuerdo de mera confianza. (para otros descendientes y mujeres, bastaba una sola mancipación). Este mismo mecanismo era utilizado a los fines de *adoptio*, bastando que a la tercera venta le siguiera una *remancipatio* al *pater*, y, ante el pretor, una imaginaria *vindicatio* del *filius* como propio del tercero fiduciario y aquél era adjudicado en adopción. (DI PIETRO: 1997: 139)

Mónica Villagra

2- La *coemptio fiduciae causa*⁴⁸, que fue la forma más usada para sanear, por vía indirecta, las incapacidades de hecho que la mujer tenía por su sometimiento a la *Tutela Perpetua Mulieribus*:⁴⁹ 3- En el *testamentum* “*per aes et libram*”, o “*per mancipationem*”⁵⁰; 4- En los casos de efectuarse una *donatio mortis causa*⁵¹, 5- Otras finalidades de la *fiducia cum amico*, pues su elasticidad permitía salvarguardar los bienes, poniéndolos en manos de un *amicus*, en los casos de que se hubiere dictado, vg. una *interdictio de aquae et ignis*, *exilium* o *deportatio in insulam*, que provocare una *capitis deminutio*, acompañada frecuentemente de la confiscación de los bienes, mecanismo muy usado en momentos de persecución política, durante la época Republicana (FERNÁNDEZ DE BUJÁN: 2004), de

48 Era la “compra” de la mujer por un tercero llamado “*coemptionator*”, realizada mediante *mancipatio* como *imaginaria venditio* (*nummo uno*), hecha bajo la *auctoritas* de su tutor, y que, si se realizaba *matrimonii causa* constituía una forma de *iustas nuptias cum manu*; en tanto que, si se realizaba *fidei fiduciae causa*, el *coemptionator* adquiría fictamente la *manu*, pero sólo a “título de confianza”, es decir, como *fiduciario*, sin existencia de vínculo matrimonial, y con la promesa de remanciparla ya sea a su marido o a un tercero, elegido por la mujer (si era su marido, quedaba como agnada “*loco filiae*”), quien luego la manumitía *per vindicta* y se convertía en su tutor *fiduciarius*. (FUENTESECA: 1994::391 nota 11)

49 Quedaba así suplida, mediante la *fiducia cum amico*, la incapacidad de derecho para designarse su propio tutor. Mecanismo similar, se usó para adquirir la *testamenti facti activa*, en la primera época en que sólo las Vestales podían testar; como así también, según surge del *Pro Murena* para lograr la extinción de la *sacra privata* de la mujer. (Inst.Gai., I, fr. 114 y ss, ; DI PIETRO: 1997:276-277)

50 Inst. Gai, II, 103; también se encuentra claramente el mecanismo del negocio fiduciario: en sus orígenes, el *paterfamilias* transfería por *mancipatio* todo su patrimonio (“*familia*”) a un *amicus* que se desempeñaba como *familiae emptor*. Gayo menciona expresamente el calificativo de “*amicus*”, por lo que no nos deja duda de que se trataba de una *fiducia cum amico*. El *paterfamilias* “rogaba” al *familiae emptor*, esto es, su fiduciario, bajo encargo de confianza, para que, a la muerte de aquél, repartiera los bienes del patrimonio transmitido en la forma por aquél dispuesta. El *familiae emptor*, no era heredero, sino que se colocaba *loco heredis*, y sólo estaba encargado de la gestión y traspaso de los bienes, conforme la voluntad del testador. En una época posterior, se simplificará el proceso, dividiéndolo en dos etapas: el ritual *mancipatorio*, por un lado, y una *nuncupatio*, (en principio oral, y luego acompañada además de las tablas del testamento), en que el *paterfamilias*, formulaba la *heredis institutio*. Este heredero sería quien debería distribuir las mandas. El *familiae emptor*, como resabio antiguo, adquiría los bienes, pero sólo como mera formalidad, aceptando el mandato de custodiar la familia y fortuna del *paterfamilias*, comprando *nummo uno* con un trozo de metal, como precio simbólico. “*ita do, ita lego, ita testor*”. Con este procedimiento, el *paterfamilias* habría podido decidir entregar su herencia, a quienes carecían de la *testamenti facti passiva*. (DI PIETRO: 1997: 267)

51 Por esta vía, la propiedad es adquirida inmediatamente por el donatario, pero sabiendo que debe devolver al transmitente si sobrevive al peligro con ocasión del cual se realizó el acto, y que si era de una *res Mancipi* y debía ser transferida por el rito de *mancipatio*; se requería que se realizara un *pactum fiduciae* o una *stipulatio*, pues el acto *mancipatorio* no toleraba ser sometido a términos ni condiciones. (GARCÍA GARRIDO: 1989:278 ; ARANGIO RUIZ: 1963:658)

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

donde se derivarían con el correr del tiempo los contratos de: mandato, comodato, depósito, etc.

Con respecto a la cuestión dominical, la *mancipatio fiduciae causa* según algunos autores (FUENTESECA: 1994: 391) no concedía el dominio perfecto *ex iure quiritum*, puesto que, vg., en la *cum creditore*, el *fiduciarius* incorporaba las cosas entregadas *pignoris iure* bajo su potestad dominical como *mancipium*, manteniéndolas sólo a efectos de asegurar el cumplimiento de la obligación. Otros consideran que el fiduciario se hacía verdadero propietario con todos los poderes inherentes al dominio. (IGLESIAS: 1993: 316)

Una evolución posterior quizás sobre la base del *testamentum per aes et libram*, habría propiciado el nacimiento del *fideicommissum*, como acto fiduciario *mortis causa* utilizado para subsanar, por vía indirecta u oblicua, las prohibiciones testamentarias en relación a la herencia. En efecto, el Fideicomiso era una disposición de última voluntad realizada por el *fideicomittens* a título, ya sea particular o universal, en que, bajo la forma de “ruego” dirigido a quien por ley o por testamento tomaría los bienes, esto es “*heredero fiduciario*”, le pedía (*peto, rogo, volo, fidei committo*) que entregue la herencia o parte de ella a un tercero, beneficiario, llamado *fideicomisario*. (Inst. Gai, II, 247 y ss.) Las fórmulas usadas fueron: *Aliquo petere, aliquem rogare, fidei alicui committere* (VON MYER: 1933:228-231). Por un mecanismo semejante, podía llegar a disponerse la *manumissio fideicomissaria* mediante la cual el causante “rogaba” al *fideicomissarius* que manumitiera a un esclavo, propio o ajeno.. Los sujetos intervinientes son aquí tres: el *fideicomittens* (fideicomitente), quien realiza el encargo a otro, su heredero instituido, siendo éste quien cumple el papel de *heres fiduciarius* (heredero fiduciario), en beneficio de un tercero, llamado *fideicomissarius* (fideicomisario). (GAYO, Inst. II, 247 y ss, 263 y ss. DI PIETRO: 1997:359 -363)

Quiere decir, entonces, que, en Roma desde la época arcaica a la clásica, encontramos tres negocios fiduciarios *mortis causa*: el testamento mancipatorio, el fideicomiso y la donación por causa de muerte. Y, así, mientras en la *fiducia* del texto gayano citado, sólo encontramos referencia a dos sujetos: *fiduciante* y *fiduciario*, el *fideicommissum* nos agrega un tercero: el beneficiario = fideicomisario. En estos términos se moldeará la figura actual, y llevará a que algunas legislaciones prevean expresamente la diferenciación entre el beneficiario de los provechos durante la vigencia del Fideicomiso o Fiducia y, el fideicomisario, como receptor del remanente de los bienes una vez terminada y agotada su vigencia, como es el caso de Argentina. Sin embargo, a mérito de las arcaicas

Mónica Villagra

instituciones citadas llevadas a cabo mediante una *Fiducia cum amico*, podemos observar que la estructura tripartita podría haberse dado, cuando existía un tercero que, directa o indirectamente, recibía los beneficios del negocio fiduciario.

LA TRANSICIÓN MEDIEVAL: *Ut supra* referenciáramos, mientras la denominación *fiducia* se iba borrando en la Edad media, el fideicomiso, como institución fiduciaria *mortis causa*, se difundida cada vez más como modo de alterar el orden sucesorio, mediante un sistema de sustituciones fideicomisarias que fue una de las mayores causas que permitió la concentración de grandes latifundios en manos de una misma familia durante generaciones, propiciando y perpetuando el régimen feudal. El fideicomiso, en los s. VI a XXI, termina por desarrollarse incluso *contra legem*, al margen del ordenamiento jurídico⁵², siendo genéricamente prohibidas, salvo alguna excepción, aquellas instituciones fiduciarias en las *Siete Partidas* (1252-1284), pero debe tenerse presente que éstas, recién cobraron obligatoriedad al dictarse el *Ordenamiento de Alcalá* (1348).

Ante la disparidad existente en los ordenamientos forales, los Reyes de Castilla finalmente admitieron las delegaciones sucesorias y mayorazgos como privilegios de la nobleza, en las *Leyes de Toro* (1505).⁵³ Pero todas estas disposiciones refieren, en definitiva a la *fiducia mortis causa*, es decir, más cercana al fideicomiso que a la originaria *fiducia cum amico o cum creditore* romanas, la que se mantuvo oculta por más de catorce siglos. (ÁLVAREZ: 1834: 326 y ss.)

52 Así señala Merino Hernández al ponderar comparativamente la fiducia sucesoria de Aragón, dentro del conjunto de delegaciones sucesorias que habrían derivado del derecho romano. Referido al Derecho de Castilla donde no existió normativa uniforme según distintos momentos históricos, observa que, si bien la delegación sucesoria aparece expresa en el Fuero Real (1254-1255 - Alfonso X el Sabio), es luego terminantemente prohibida en las *Siete Partidas*, ya basada no en el derecho consuetudinario foral, sino en el Derecho Romano. Pero éstas, sólo mediante el Ordenamiento de Alcalá en 1348 por Alfonso XI alcanzaron vigencia, quedando rechazadas así globalmente todas las instituciones de confianza, es decir, yendo mucho más allá que el derecho justinianeo: La Ley XI, T. III, Part. VI rechaza toda delegación, y sólo con respecto a la herencia de confianza la L. XIII, T. VII, Part. VI, admitiéndose siempre que el encargo no se hiciera en secreto y los posibles fideicomisarios fueran capaces de heredar. (MERINO HERNÁNDEZ:1994)

53 Se enumeran en ley XXXIII los actos *mortis causa* que, en nombre de un causante, puede realizar un comisario con poder especial dentro del plazo máximo de 4 meses. En la Novísima Recopilación de 1805 (Carlos IV) se incluye el texto de dicha ley. García Goyena explicaba que el art. 558 del anteproyecto dejaba derogada aquella ley, pero tal derogación no fue absoluta pues el art. 831 es una importante excepción a la supuesta prohibición, en caso de viudedad, lo que la doctrina española considera como una transacción entre la prohibición de delegaciones del Código y la amplia libertad fiduciaria de los derechos forales. (MERINO HERNÁNDEZ:1994)

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

Desde Francia, considerados como atentatorios del lema “*Libertad, Igualdad y Fraternidad*” de la Revolución Francesa, los legisladores, sin apreciar las otras innúmeras utilidades del Fideicomiso –de las que dan cuenta las distintas finalidades aceptadas en la actualidad-, abolieron completamente la figura del *Código Civil Napoleónico* de 1804, por considerar que todo fideicomiso consistía en una sustitución *fideicomisaria*. (PEÑA GONZÁLEZ: 2006: 51; 6-7- 1808, arts. 135 a 139, GARCÍA GOYENA: 1852: 84) Por ello, en el *Estatuto de Bayona* arts. 135 a 139 (1808), se promovía la conversión de fideicomisos, mayorazgos o sustituciones existentes a la fecha.⁵⁴ En su *Proyecto de Código Civil Español* de 1851, García Goyena pretendió la sanción de nulidad de toda sustitución *fideicomisaria*, siguiendo el derecho vigente (art. 635), sin embargo no llegó a consagrarse legalmente, y, por el contrario, en el *Anteproyecto de Código Civil Español* 1882-1888 (art. 782), será permitida, y así se llega a la sanción del *Código Civil* de 1889, que la define y acepta.⁵⁵

La situación fue recibida en forma más que disímil en toda Latinoamérica, conforme se iba transitando el camino hacia la Independencia, de modo tal que hubo territorios donde se mantuvieron más arraigadas las viejas tradiciones coloniales, aceptándose las; en tanto otros, como el de las Provincias Unidas del Río de la Plata, se volcaron por su abolición. Y así, en sentido opuesto al español y congruente con la decisión de la *Asamblea del Año XIII*, Vélez Sársfield bajo los postulados del *Code Civil*, declara la nulidad de las sustituciones *fideicomisarias* (arts. 3723 y 3724 C.C.) (ÁLVAREZ:1834: 326 y ss) ; no obstante ello, influenciado por el Anteproyecto de Código Brasileño de Texeira de Freitas, admite como una modalidad del dominio imperfecto al: “dominio fiduciario” (art. 2662 C.C.), redacción que propició una ardua discusión doctrinaria a mediados del s. XX entre los máximos exponentes del derecho civil argentino: Salvat y Lafaille. (MÁRQUEZ:2008:32) Pero aún cuando éste último propiciaba la

54 Los nuevos, sólo serían posibles mediante autorización Real, manteniéndose así los “*fideicomisos familiares*”, los que fueron finalmente abolidos en 1820, por la *Ley de desvinculación*, restablecida por Real Decreto de 1836.

55 Es aquella “*en cuya virtud el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o la parte de la herencia*” (art. 781), pero en la que, a fin de evitar las que pudieran equivaler a mayorazgos o vinculaciones, se establecen una serie de restricciones: 1) Que no pase la sustitución del segundo grado o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. 2) Que los llamamientos a la sustitución *fideicomisaria* han de ser expresos, con lo que desaparecen los llamados *fideicomisos tácitos* o *albaceazgos de confianza*. 3) Que las sustituciones nunca podrán gravar la legítima, y si recayeren sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.

Mónica Villagra

admisión del instituto, ni fiducia, ni fideicomiso, serían abierta y francamente permitidos en nuestro país, Argentina, sino hasta la llegada de la Ley 24441.

CONCLUSIONES EN BASE A LA EXPERIENCIA ARGENTINA: La figura del Fideicomiso se ha transformado en la vedette, tanto en el mercado inmobiliario como en el de capitales en sus funciones básicas de administración, garantía y financiamiento, al punto que la doctrina considera que las posibilidades de uso del vehículo fiduciario “*ha superado los objetivos que contempló el legislador al momento de la sanción de la citada ley 24441*” (PAPA: 2008) Consideramos que la institución fiduciaria más novedosa a la que la flexibilidad de la figura ha permitido alcanzar es, sin duda alguna, la del “*Fideicomiso de Administración con Control Judicial*” para Entidades Deportivas con dificultades económicas implementado-con carácter de orden público- por Ley 25.284/2000, como mecanismo de “salvataje” para que aquellas pudieran sanear su pasivo mediante transferencia de los bienes a una *órgano fiduciario* -“*especie de minotauro, mitad síndico, mitad fiduciario*”, parafraseando a Junyent Bas- con la específica finalidad de administrar ese patrimonio “*a favor de los acreedores de las entidades para la cancelación de las deudas*.” (JUNYENT BAS – MOLINA SANDOVAL: 2002: 313- 328) .Cotejando la figura con aquellas romanas, vemos que, en realidad, se trata de una figura “híbrida” o, podríamos decir, un *tertius genus*, ya que fusiona unitariamente las posibilidades de la *fiducia cum amico* y *cum creditore*, además de constituirse en la figura más cercana al multifacético *trust* anglosajón, ya que, al suspender la etapa liquidatoria , el juez concursal se convertirá en *eje del control del órgano fiduciario*, verdadero protagonista del proceso.

Bibliografía

ÁLVAREZ, J.M. (1834) *Instituciones de Derecho Real de España*, Impr. del Estado, Bs As.

ARANGIO RUIZ, V. (1963) *Historia del Derecho Romano*, Inst. Reus, Madrid -1963

ARROYO I AMAYUELAS, E.-Dir. (2007) *El trust en el Derecho Civil*, Bosch, Barcelona

BUENO DELGADO, J.A.. *El bronce de Bonanza* - Univ. Alcalá - AFDUA 2004

As relações comerciais: a contribuição de Roma à globalização contemporânea – Vol. II

BELDA MERCADO, J.(2002) *Perspectiva histórica de la Fiducia Romana*, Univ. de Granada, Granada

BUCKLAND, W.W. (1936) *Roman Law & Common Law. A comparison in Outline*, Cambridge

DI PIETRO, A. (1997) “Gayo – *Institutas-Texto traducido, notas e introducción*” – Ed. Abeledo Perrot Bs. As.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO (2004) *Sistema Contractual Romano*, 2º Ed. Aumentada y corregida – Ed. Dickynson, Madrid,

FUENTESECA, P.(1994) *Líneas Generales de la “Fiducia Cum Creditore”*, Hom. al Prof. J. L- Murga Gener, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994

GARCÍA GARRIDO, M. (1989) *Derecho Privado Romano, Acciones, Casos, Instituciones*, 4º Reimp. Ed. Reformada – Ed. Dickinson

GARCÍA GOYENA, D. F.(1852) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Ed. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid

IGLESIAS, J.(1993) *Derecho Romano– Historia e Instituciones*, 11º Ed. Revisada , Ed. Ariel Derecho S.A., Barcelona

JUNYENT BAS, F.- MOLINA SANDOVAL, C. A. – Salvataje de Entidades Deportivas. Ley 25284- Régimen Especial de Administración de las Entidades Deportivas con Dificultades Económicas, “*Revista de Derecho Privado y Comunitario – 2001-3 - Fideicomiso*”- Rubinzal-Culzoni Editores , Buenos Aires (2002) - ISBN 950-727-373-5

LENEL, O. (1903) *L'essai de reconstitution de l'Edit perpétuel*, ouvrage traduit en français par Frédéric Peltier sur un texte revu par l'auteur, T.II, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts, París

LONGO, C. (1933) *Corso de Diritto Romano T. La fiducia*, Dott A. Giuffré Editore – Milano

LÁZZARO GUILLAMÓN, M. del C. Mujer, comercio y empresa en algunas fuentes jurídicas, literarias y epigráficas - *Revue internationale des droits de l'antiquité*, ISSN 0556-7939, Nº 50, 2003, págs. 155-194

Mónica Villagra

MÁRQUEZ, José Fernando (2006) *La incorporación del fideicomiso a las legislaciones uruguayas y argentinas. El modelo legal elegido*, .Publicado en en a Crítica de Derecho Privado, N° 3, Año 2006, Montevideo, Uruguay

MATTEI, U. Basic issues of Private Law codification in Europe, *Global Jurist Frontiers* (2001) V.1,I.1, Art. 5

MERINO HERNÁNDEZ (1994) *La fiducia de Aragón* -Colección El Justicia de Aragón, Aragón

MESSINA, G. (1948) *Scritti giuridici I-Negozi fiduciari (introduzione e parte I)* Dott A. Giuffré Editore, Milano

PAPA, R., Consideraciones jurídicas sobre la evolución del fideicomiso en Argentina, *Palermo Business Review*, n° 1 (2008) <http://www.palermo.edu/economicas/cbrs/pdf/1Business03.pdf>

PEÑA GONZÁLEZ, J. (2006) *Historia política del constitucionalismo español*. Ed. Dickynson

RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO (2005), *Negocios Fiduciarios – Su significación en América Latina*, 1° ed. Legis, , Bogotá, México DF, Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago, Miami.

VON MAYR, R. (1930-1926) , *Historia del Derecho Romano*, traducción de Wenceslao Roces, T. I y II, 2° Ed. Editorial Labor S.A. , Barcelona